
Koninklijke Nijverdal ten Cate NV/Mr. Wilderink q.q.

Prof.mr. S.C.J.J. Kortmann

HR 18 februari 1994, *NJ* 1994, 462, nt. WMK (mrs. Snijders, Korthals Altes, Neleman, Heemskerk, Nieuwenhuis; A-G Hartkamp)

Accessoiriteit zekerheidseigendom? Inhoud voorwaarde waaronder is overgedragen

1 De feiten

Enigszins vereenvoudigd kunnen de feiten als volgt worden samengevat. In 1986 en 1987 heb-

ben Nijverdal Ten Cate NV (Nijverdal) en Hofkes Textielveredeling BV (Hofkes) kredietovereenkomsten gesloten met de Nederlandsche Middenstandsbank NV (NMB) tot een totaalbedrag van f2.300.000,-. Nijverdal is jegens NMB hoofdelijk aansprakelijk voor het door NMB aan Hofkes ter beschikking gestelde bankgarantiekrediet. Hofkes heeft, tot zekerheid van het door haar aan NMB verschuldigde, vorderingsrechten op derden en rechten uit een verzekeringspolis aan NMB overgedragen. Op 14 juni

1989 is Hofkes in staat van faillissement verklaard, met benoeming van mr. Wilderink tot curator. Desgevorderd heeft Nijverdal enige maanden later een bedrag groot f 2.239.855,77 overgemaakt aan NMB uit hoofde van haar verplichtingen uit bovenvermelde kredietovereenkomst en dit bedrag is op 23 oktober 1989 bijgeschreven op de bankrekening van NMB. Twee dagen later hebben NMB en Nijverdal een akte van subrogatie ondertekend, waarbij werd overeengekomen dat Nijverdal trad in alle rechten van NMB jegens Hofkes uit hoofde van de eerdergenoemde zekerheidstellingen en dat NMB, voor zoveel nodig ter effectuering van deze subrogatie, aan Nijverdal al haar rechten en rechtsvorderingen uit hoofde van de zekerheidstellingen overdroeg.

De curator heeft vervolgens in overleg met Nijverdal de door Hofkes aan NMB tot zekerheid gecedeerde vorderingen geïncasseerd en wel tot een bedrag van f 252.980,95.

Partijen zijn het er over eens dat Nijverdal door haar betaling aan NMB op grond van artikel 1438 onder 3° BW (oud) van rechtswege is gesubrogeerd in de vordering die NMB op Hofkes had. Het geschil in deze procedure ging over de vraag of door deze subrogatie ook de vorderingsrechten die Hofkes tot zekerheid aan NMB had overgedragen, op Nijverdal zijn overgegaan. Als grondslag voor deze overgang voert Nijverdal primair aan dat aan zekerheidseigendom — tot zekerheid overgedragen vorderingsrechten daaronder begrepen — een accessoir karakter toekomt, zodat zij bij overgang van de vordering waarvoor zij is verstrekt, van rechtswege op de nieuwe schuldeiser overgaat. Subsidiair baseert Nijverdal haar aanspraken op de cessie door NMB aan Nijverdal, die twee dagen na het faillissement heeft plaatsgevonden.

De Rechtbank Almelo en het Hof Arnhem hebben de vordering van Nijverdal afgewezen.

2 Beslissing Hoge Raad

Ook de Hoge Raad stelt Nijverdal in het ongelijk en wel op de volgende gronden:

'3.2. In dit geding is niet in geschil dat Nijverdal Ten Cate op 23 okt. 1989 uit hoofde van de toen door haar verrichte betaling aan NMB op grond van art. 1438 onder 3° (oud) BW van rechtswege is gesubrogeerd in de vordering die NMB toen op grond van de kredietovereenkomsten op Hofkes had. Partijen twisten evenwel over de vraag of door deze subrogatie ook de vorderingsrechten die Hofkes tot zekerheid voor deze vordering aan NMB had overgedragen, op Nijverdal Ten

Cate zijn overgegaan. Nijverdal Ten Cate heeft in dit verband de opvatting verdedigd dat aan zekerheidseigendom — tot zekerheid overgedragen vorderingsrechten daaronder begrepen — een accessoir karakter toekomt, zodat zij bij overgang van de vordering waarvoor zij is verstrekt, bijv. door subrogatie, steeds van rechtswege op de nieuwe schuldeiser overgaat.

Anders dan de rechtbank heeft het hof deze opvatting verworpen. Daartegen richt zich onderdeel 1 van het middel.

3.3. De vraag of aan zekerheidseigendom naar het voor 1 jan. 1992 geldende recht en (*lees: een, SCJJK*) accessoir karakter toekomt, is in beginsel voor twee situaties van belang. Naast de in het onderdeel aan de orde gestelde situatie van overgang van de vordering waarvoor de zekerheid is verstrekt, is er de situatie dat die vordering tenietgaat. Een accessoir karakter van zekerheidseigendom — die in deze opvatting in de bevoordelingen van het huidige art. 3:7 BW zonder deze vordering niet kan bestaan — heeft dan tot gevolg dat deze zekerheid van rechtswege tegelijk met de vordering tenietgaat. Deze situatie was aan de orde in het geval berecht door HR 3 okt. 1980, NJ 1981, 60.

De opvatting dat zekerheidseigendom een accessoir karakter draagt, vindt onvoldoende steun in het recht. Deze opvatting past slecht bij de aard van het eigendomsrecht — het recht van de schuldeiser aan wie een vorderingsrecht toebehoort daaronder begrepen — welke aard door een overdracht tot zekerheid niet verloren gaat, ook al worden de bevoegdheden van de verkrijger bij die overdracht in bepaalde opzichten beperkt. Deze opvatting strookt voorts in het bijzonder niet met de voormelde beschikking van de Hoge Raad uit 1980, waarin het oordeel besloten ligt dat de gevolgen van het tenietgaan van de vordering voor het lot van de daaraan verbonden zekerheidseigendom afhangen van wat partijen bij de overdracht tot zekerheid op dit punt zijn overeengekomen. Uitgangspunt hierbij is dat «de algehele voldoening in beginsel heeft te gelden als een in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde, waarvan de vervulling meebrengt dat de eigendom van de goederen alsdan overgaat op degene die ze heeft overgedragen». Daarnaast heeft de Hoge Raad aangegeven dat eveneens overeengekomen kan worden «dat algehele voldoening in zoverre slechts obligatoire gevolgen heeft dat daardoor een verplichting van de fiduciaire eigenaar ontstaat om de goederen weer in eigendom over te dragen aan de schuldeenaar».

Eenmaal aangenomen dat voor het geval van tenietgaan van de vordering zekerheidseigendom niet als een accessoir recht kan worden beschouwd, valt niet in te zien hoe in het kader van de overgang van de vordering op een andere schuldeiser iets anders zou kunnen worden aangenomen. Zoals het Hof terecht heeft overwogen zou dit beroep erop neerkomen dat een wijze van overgang van eigendom of van vorderingsrechten zou worden aanvaard, die de wet niet kent en die ook niet in het stelsel van de wet past.

3.4. Het voorgaande brengt mee dat, ook indien de vordering tot zekerheid waarvan een vorderingsrecht is overgedragen, overgaat op een nieuwe schuldeiser, het lot van dat vorderingsrecht wordt beheerst door wat

partijen op dit punt zijn overeengekomen. Ook hierbij is uitgangspunt dat indien de vordering overgaat door dat een derde die haar voldoet, in die vordering wordt gesubrogeerd, die voldoening in beginsel heeft te gelden als een in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde, waarvan de vervulling meebrengt dat het tot zekerheid overgedragen vorderingsrecht terugkeert in het vermogen van degeen die het had overgedragen.

Een en ander laat evenwel ook hier onverlet dat het partijen onder het vóór 1 jan. 1992 geldende recht vrijstond overeen te komen dat de voldoening door de gesubrogeerde schuldeiser tot gevolg zal hebben dat daardoor voor de schuldeiser van het tot zekerheid overgedragen vorderingsrecht de verplichting ontstaat om dit vorderingsrecht over te dragen aan de gesubrogeerde schuldeiser.

Dat dit laatste door partijen zou zijn overeengekomen is door het hof evenwel niet vastgesteld.

3.5. Het vorenstaande brengt mee dat de door het onderdeel bestreden rechtsopvatting van het hof juist is. Het onderdeel faalt derhalve.

3.6. Onderdeel 2 bestrijdt 's hofs oordelen dat (a) de zekerheidscessie van de vorderingsrechten aan NMB moet worden beschouwd als te zijn verricht onder de ontbindende voorwaarde dat NMB geheel zou zijn voldaan, dat (b) door de vervulling van die voorwaarde de vorderingsrechten op 23 okt. 1989 terugkeerden in het vermogen van Hofkes en dat derhalve (c) de levering van die vorderingsrechten door NMB aan Nijverdal Ten Cate bij akte van 25 okt. 1989 het gewenste rechtsgevolg ontbeerde (r.o. 13).

Het onderdeel voert daartoe aan dat aard en strekking van de zekerheidscessie zich ertegen verzetten dat deze geschiedt onder ontbindende voorwaarde van het tenietgaan van de vordering waarvoor de zekerheidscessie is geschied, althans dat indien een derde de vordering volledig voldoet de zekerheidscessie haar kracht niet zonder verdere handeling van de schuldeiser verliest, zodat deze laatste de tot zekerheid overgedragen vorderingsrechten ook na ontvangst van de volledige betaling rechtsgeldig kan overdragen aan degeen die de betaling verrichtte.

Uit het hiervoor onder 3.3 en 3.4 overwogene vloeit voort dat het onderdeel tevergeefs is voorgesteld. Er bestaat geen aanleiding met betrekking tot de gevolgen van de algehele voldoening verschil te maken tussen enerzijds overdracht tot zekerheid van zaken, en anderzijds zekerheidscessie van vorderingsrechten. Ook in het laatste geval heeft derhalve de algehele voldoening in beginsel te gelden als een in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde waarvan de vervulling tot gevolg heeft dat het tot zekerheid overgedragen vorderingsrecht terugkeert in het vermogen van degeen die het had overgedragen. Bij gebreke van een andersluidend beding, geldt dit laatste ook indien de algehele voldoening geschiedt door een derde die in de vordering van de schuldeiser wordt gesubrogeerd.

3.7. Onderdeel 3 bouwt voort op de vorige onderdelen en moet dus het lot daarvan delen.

Noot

Zekerheidseigendom niet accessoir 1 Nijverdal heeft als hoofdelijk verbonden debiteur de schuld van de hoofdebiteur Hofkes voldaan aan NMB. Daardoor is Nijverdal op grond van artikel 1438 onder 3° BW (oud) in de rechten van NMB jegens Hofkes gesubrogeerd. De inzet van het geding is of de zekerheidseigendom — in het onderhavige geval het door NMB ingevolge zekerheidscessie verkregen recht op vorderingsrechten en rechten uit een verzekeringspolis — eveneens door Nijverdal is verkregen. Nijverdal voert hiervoor primair aan dat deze zekerheidseigendom als accessoir recht van rechtswege op haar is overgegaan op het moment dat zij ingevolge subrogatie de vorderingsrechten van NMB verkreeg. Subsidiair stelt Nijverdal dat bedoelde zekerheidseigendom op haar is overgegaan doordat Hofkes deze twee dagen na het faillissement aan haar rechtsgeldig heeft overgedragen.

De belangrijkste vraag waarover de Hoge Raad in deze zaak moest beslissen, is of zekerheidseigendom een accessoir, dat wil zeggen afhankelijk, recht is (vgl. art. 3:7 BW). In rechtsoverweging 3.3 overweegt de Hoge Raad dat deze vraag naar het accessoire karakter van zekerheidseigendom in beginsel voor twee situaties van belang is:

- a de situatie waarin de vordering waarvoor zekerheid is gesteld, overgaat; deze doet zich in casu voor;
- b de situatie waarin de vordering waarvoor zekerheid is gesteld, tenietgaat.

Het onder b bedoelde geval was aan de orde in HR 3 oktober 1980, *NJ* 1981, 60, nt. WMK; AA 1981, p. 83 e.v., nt. G (Ontvanger/Mr. Schriks q.q.). In deze zaak besliste de Hoge Raad dat de beperkte strekking van de fiduciaire eigendoms-overdracht, als uitsluitend strekkende tot het verschaffen van zekerheid, meebrengt dat de algehele voldoening *in beginsel* heeft te gelden als een in de overeenkomst opgenomen ontbindende voorwaarde waarvan de vervulling meebrengt dat de eigendom van de goederen alsdan overgaat op degeen die ze had overgedragen. Algehele voldoening van de vordering heeft derhalve in de visie van de Hoge Raad *in beginsel* tot gevolg dat de zekerheidseigendom terugkeert naar de zekerheidsverschaffer. De juridisch-technische constructie waarmee de Hoge Raad deze terug-

keer onderbouwt, is de vervulling van de ontbindende voorwaarde waaronder de eigendoms-overdracht heeft plaatsgevonden. In beginsel heeft een overdracht tot zekerheid te gelden als een overdracht onder ontbindende voorwaarde van algehele voldoening. In hetzelfde arrest heeft de Hoge Raad echter aangegeven dat partijen bij de overdracht anders kunnen overeenkomen. Zij kunnen afspreken dat algehele voldoening in zoverre slechts obligatoire gevolgen heeft, dat daardoor een verplichting voor de fiduciaire eigenaar ontstaat om de goederen weer in eigendom over te dragen aan de schuldenaar. Uit deze beslissing van de Hoge Raad uit 1980 volgt dat het eigendomsrecht tot zekerheid geen accessoir recht is, zoals pand en hypotheek, die van rechtswege tenietgaan door voldoening van de vordering waarvoor de zekerheid is gegeven. Indien zekerheidseigendom wel een accessoir recht zou zijn, zou de constructie met de ontbindende voorwaarde onnodig zijn en zouden ook partijen niet anders hebben kunnen overeenkomen. Vergelijk Van der Grinten in zijn noot onder het arrest in AA 1981, p. 83; Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend Nederlands recht* (1985), p. 21; Reehuis, *Stille verpanding* (1987), p. 47; Van Mierlo, *Fiduciaire zekerheid, vuistloos en stil pand* (1988), pp. 25-26 en de conclusie van A-G Hartkamp voor het hier besproken arrest van de Hoge Raad uit 1994.

In de onderhavige uitspraak gaat de Hoge Raad voort op de weg die hij in 1980 is opgegaan. Eenmaal aangenomen dat voor het geval van tenietgaan van de vordering zekerheidseigendom niet als een accessoir recht kan worden beschouwd, valt — aldus de Hoge Raad — niet in te zien, hoe in het kader van de overgang van een vordering op een andere schuldeiser iets anders zou kunnen worden aangenomen. Deze benadering acht ik consistent.

2 Het gegeven dat zekerheidseigendom geen accessoir karakter heeft, is niet alleen van belang voor de eigendomsoverdracht tot zekerheid, waaronder begrepen cessie tot zekerheid. Ik zou willen aannemen dat voor zekerheidseigendom op grond van eigendomsvoorbehoud hetzelfde geldt. Het ligt voor de hand dat de Hoge Raad in geval van eigendomsvoorbehoud eenzelfde redenering zal volgen. Ook daar verzetten de aard van het eigendomsrecht en het gesloten stelsel van wijzen van eigendomsverkrijging zich tegen het aanvaarden van een accessoir karakter. In dezelfde zin Asser-Hartkamp I (1992), nr. 564;

Snijders, *Honderd jaar rechtsleven* (1970), p. 30 e.v.; Mezas, *Eigendomsvoorbehoud naar huidig en komend recht* (1985), p. 22; Vriesendorp, *Het eigendomsvoorbehoud* (1985), pp. 119-120 en *Pari. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241.

Op grond van dezelfde argumenten kan voorbehouden eigendom evenmin worden geduid als een nevenrecht in de zin van artikel 6:142 BW. Vgl. *Pari. Gesch. Boek 3* (Inv. 3, 5 en 6), p. 1241; vgl. voorts Asser-Mijnssen *Zakenrecht III* (1994), nr. 421 en de daar genoemde auteurs; anders: Schoordijk, *Vermogensrecht in het algemeen naar Boek 3 van het nieuwe B. W.*, p. 244 en *WPNR* 5148 (1971).

Overdracht onder voorwaarde

3 Voor de Hoge Raad geldt als uitgangspunt dat een eigendomsoverdracht tot zekerheid in beginsel heeft te gelden als een overdracht onder ontbindende voorwaarde van algehele voldoening van de vordering. Vervulling van de vordering brengt mee dat de eigendom van de goederen overgaat op degene die ze heeft overgedragen. De overdracht onder ontbindende voorwaarde geldt derhalve als het 'normaaltipe'. Partijen kunnen echter anders overeenkomen (zie hierna nr. 5).

In de onderhavige zaak hadden Hofkes en NMB met betrekking tot de zekerheidsoverdracht geen afwijkende afspraken gemaakt. Er was dus sprake van het normaaltipe. Voldoening van de vordering van NMB door Nijverdall betekende dat de ontbindende voorwaarde werd vervuld, waardoor de tot zekerheid aan NMB overgedragen vorderingsrechten en rechten ten aanzien van de verzekering weer terugkeerden naar het vermogen van Hofkes. Het feit dat Nijverdall door betaling aan NMB in haar rechten jegens Hofkes werd gesubrogeerd, bracht hierin geen verandering.

Door de vervulling van de ontbindende voorwaarde was NMB niet langer de 'eigenaar' van (de gerechtigde tot) de vorderingsrechten en de rechten uit de verzekeringsovereenkomst. Dienengevolge kon NMB deze rechten enkele dagen later niet meer rechtsgeldig cederen aan Nijverdall. NMB was immers niet langer rechthebbende en derhalve beschikkingsonbevoegd.

4 Het normaaltipe van een eigendomsoverdracht tot zekerheid, waaronder begrepen een cessie tot zekerheid, is een overdracht onder ontbindende voorwaarde van algehele voldoening van de vordering waarvoor de zekerheid is ver-

strekt. Ook hier dringt de parallel met het eigendomsvoorbehoud zich op. Artikel 3:92 BW schetst het normaaltype van het eigendomsvoorbehoud als een overdracht van de zaak onder opschortende voorwaarde van voldoening van de verschuldigde prestatie. Mijnsen acht het juist te spreken over een *levering* onder opschortende voorwaarde (Asser-Mijnsen-De Haan (1992), nr. 270 en Asser-Mijnsen Zakenrecht III (1994), nr. 418). De visie van Mijnsen staat naar mijn oordeel op gespannen voet met de tekst van artikel 3:91 BW. Deze bepaling spreekt niet alleen over *overdracht onder opschortende voorwaarde*, maar zegt bovendien met zoveel woorden dat de *levering*, ter uitvoering van de verbintenis tot overdracht onder opschortende voorwaarde, geschiedt door *machtswaarschaffing*. Ik zie niet goed in hoe zo iets feitelijk als machtsverschaffing onder voorwaarde zou kunnen geschieden. Blijkens de tekst is de machtsverschaffing voldoende om de leveringshandeling tot stand te brengen. Voor een uitvoeriger bestrijding van de visie van Mijnsen verwijs ik naar mijn bijdrage aan de Kleijn-bundel, *Quod Licet* (1992), p. 199 e.v., in het bijzonder p. 208, en naar mijn bespreking van de dertiende druk van Asser-Mijnsen-De Haan (1992), in *RM Themis* 1993, pp. 99-100. Vgl. ook Snijders/Rank-Berenschot, *Goederenrecht* (1994), p. 369.

5 De normaaltypen van eigendomsoverdracht tot zekerheid en eigendomsvoorbehoud zijn een overdracht onder ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde van voldoening van de verschuldigde prestatie. Partijen kunnen echter anders overeenkomen. In het hier besproken arrest geeft de Hoge Raad in rechtsoverweging 3.3 aan dat Hofkes en NMB bij de cessie tot zekerheid hadden kunnen overeenkomen 'dat algehele voldoening in zoverre slechts obligatoire gevolgen heeft dat daardoor een verplichting van de fiduciaire eigenaar ontstaat om de goederen weer in eigendom over te dragen aan de schuldenaar'. Ik versta deze overweging aldus dat zij hadden kunnen overeenkomen dat betaling van Hofkes' schuld aan NMB door een derde die daardoor zou worden gesubrogeerd in de rechten van NMB, de ontbindende voorwaarde niet zou vervullen en bovendien NMB zou verplichten haar zekerheidsrechten over te dragen aan deze derde. Bij deze overweging maakt de Hoge Raad het voorbehoud dat het partijen onder het vóór 1 januari 1992 geldende recht vrijstond een dergelijke afwijking overeen te komen. Mijns in-

ziens bestaat ook onder het huidige recht deze mogelijkheid, in ieder geval bij eigendomsvoorbehoud (aldus ook Kleijn in zijn *NJ-noot* onder dit arrest) en ook in geval van eigendomsoverdracht tot zekerheid, voor zover deze onder het huidige recht nog mogelijk is (zie hierover de bijdragen van Heyman, Kleijn en mijzelf aan het speciale nummer over leasing, *WPNR* 6119 (1994), alsmede mijn *AA-noot* onder HR 14 mei 1993, *NJ* 1993, 658, *AA* 1994, p. 104 e.v. (ABN-AMRO NV/Ontvanger)).

Alternatieven

6 De uitkomst in de onderhavige zaak is dat Nijverdal achter het 4oor Hofkes gevulde zekerhedenennet grijpt en dat deze zekerheden ten goede komen aan de faillissementsboedel van Hofkes. A-G Hartkamp onderkent in zijn conclusie dat deze uitkomst voor Nijverdal onbevredigend is, maar ziet geen andere uitweg, nu partijen zich niet tijdig bewust zijn geweest van de complicaties. Hij noemt twee alternatieven:

- a de mogelijkheid dat de borg (uiterlijk) bij de betaling de zekerheden krijgt geleverd; of
- b dat de borg niet de schuld betaalt, doch de vordering (mèt de zekerheden) koopt en krijgt geleverd voor een bedrag gelijk aan dat (en bestemd voor de voldoening) van de uitstaande vordering op de schuldenaar.

Vervolgens merkt Hartkamp over deze alternatieven op:

'Mogelijkheid b) is ongetwijfeld bij de huidige stand van zaken de veiligste, en zij wordt dan ook door verschillende schrijvers aanbevolen; zie mijn conclusie (sub 6) voor HR 24 april 1992, *NJ* 1992, 463 met literatuurverwijzingen. Mogelijkheid a) acht ik echter ook aanvaardbaar: het zou mij bijzonder onaantrekkelijk voorkomen om een borg die, onkundig van de *nimiae subtilitates* van ons zekerhedenrecht, deze weg heeft verkozen boven de meer gekunstelde oplossing van cessie van de vordering, nul op het rekest te verschaffen met het argument dat door zijn betaling de zekerheid is teruggevallen aan de schuldenaar, en dat ook de gelijktijdige² (noot 2: Of eerdere: want ondanks de overdracht blijft de voorwaarde aan het overgedragen zekerheidsgoed kleven) overdrachtshandeling tussen hem en de schuldeiser daaraan niet kan afdoen. Ik vind hiervoor steun in de aangehaalde passage uit de parlementaire geschiedenis (Pari. Gesch. Inv. Boek 3, p. 1241-1242), die hier kennelijk voor de situatie van eigendomsvoorbehoud geen probleem ziet. Dogmatisch is deze oplossing te verklaren door aan te nemen dat de voorwaarde redelijkerwijs (gelet op het zekerheidskarakter van de rechtshandeling waaraan zij verbonden

is) aldus moet worden uitgelegd, dat zij niet in vervulling gaat indien een tot subrogatie leidende betaling van de schuld gepaard gaat met overdracht van de zaak aan de betalende derde.'

De uitkomst van de procedure is inderdaad onbevredigend. Een ander resultaat zou naar mijn mening zeer wel mogelijk zijn geweest. De Hoge Raad duidt de eigendomsoverdracht tot zekerheid als een overdracht onder ontbindende voorwaarde van algehele voldoening van de schuld. Hij doet dit op grond van een normatieve uitleg van de rechtsverhouding van partijen. Daarbij heeft de Hoge Raad de voorwaarde 'voldoening van de schuld' aldus verstaan dat de crediteur door de voldoening *in economische zin* moet zijn bevredigd. Voor de Hoge Raad is niet van belang of de vordering door de betaling is tenietgegaan. Mijns inziens verdient het de voorkeur bij eigendomsoverdracht tot zekerheid en bij overdracht onder eigendomsvoorbehoud de voorwaarde anders uit te leggen dan de Hoge Raad heeft gedaan. Ik zou willen aannemen dat bij de normaaltypen van eigendomsoverdracht tot zekerheid en eigendomsvoorbehoud de ontbindende respectievelijk opschortende voorwaarde inhoudt dat de verschuldigde prestatie wordt voldaan *en dat dientengevolge de vordering tenietgaat*. Het verschil in resultaat wil ik aan de hand van enkele voorbeelden toelichten.

X verkoopt en levert onder eigendomsvoorbehoud een machine aan Y voor f 50.000,-. Z stelt zich jegens X borg voor de koopschuld van Y. Wanneer Y in gebreke blijft met betaling, wordt Z door X aangesproken. X geeft daarbij te kennen de zekerheid voor zijn vordering op Y (de voorbehouden eigendom) aan Z te willen laten toekomen.

a Als Z zonder meer aan X betaalt, wordt in de redenering van de Hoge Raad de opschortende voorwaarde waaronder X aan Y heeft overgedragen, vervuld en verkrijgt Y dientengevolge de eigendom van de machine. Z verkrijgt geen voorbehouden eigendom als zekerheid voor de vordering waarin hij is gesubrogeerd. In mijn visie is door de betaling door Z de verschuldigde prestatie nog niet voldaan in de zin van artikel 3:92 BW. De vordering van X op Y is immers nog niet tenietgegaan, maar is overgegaan op Z in gevolge subrogatie. De schuld van Y is eveneens blijven bestaan. Het lijkt dan ook juister te stellen dat in dit geval de *schuldeiser* is voldaan, maar dat de *prestatie* nog onverkort verschul-

digd is. In geval van subrogatie behoudt de verbintenis haar identiteit. Aangezien de prestatie niet is voldaan, is de voorwaarde niet vervuld en blijft X eigenaar. X kan desgewenst de voorbehouden eigendom aan Z overdragen. Noodzakelijk is dat niet, X kan zijn recht van zekerheidseigendom ook ten behoeve van Z uitoefenen.

b Z bewandelt wellicht een veiliger weg door de vordering die X op Y heeft, van X te kopen voor f 5.000,- (vgl. het hiervoor opgenomen citaat uit de conclusie van A-G Hartkamp). De betaling door Z aan X is dan geen voldoening van de door Y aan X verschuldigde prestatie, doch een betaling van de eigen schuld die Z aan X heeft uit hoofde van de koopovereenkomst. Aangezien de opschortende voorwaarde niet wordt vervuld, blijft X eigenaar op grond van het gemaakte eigendomsvoorbehoud. Deze eigendom (onder ontbindende voorwaarde) strekt tot zekerheid van de vordering die (thans) Z op Y heeft. Desgewenst kan X de eigendom overdragen aan Z, zodat de vordering en de voorbehouden eigendom in één hand zijn. Vriesendorp, *WPNR* 6133 (1994), betoogt dat de overdracht van de voorbehouden eigendom door X aan Z wellicht op grond van artikel 3:84 lid 3 BW een geldige titel mist. Deze visie acht ik onjuist. X heeft een zekerheidseigendom die door de wet wordt erkend (art. 3:92 BW). Bij de overdracht beoogt X wel degelijk deze zekerheidseigendom in het vermogen van Z te doen vallen. Van strijd met artikel 3:84 lid 3 BW kan dan ook geen sprake zijn. Indien partijen daaraan de voorkeur geven, kan X de eigendom echter ook behouden; hij heeft dan een eigendom die strekt tot zekerheid van de vordering van Z op Y. In de uitleg die de Hoge Raad geeft aan de voorwaarde waaronder is overgedragen, lijkt deze weg inderdaad tamelijk veilig te zijn. Zeker is dat echter niet. De economische positie van X in variant a) verschilt in zoverre niet van die in variant b), dat X in beide gevallen f 50.000,- heeft ontvangen. In beide varianten is X in economische zin voldaan. Het is daarom niet onverdedigbaar dat ook in variant b) de voorwaarde, zoals deze door de Hoge Raad wordt verstaan, is vervuld.

c De derde mogelijkheid is dat X vóór of tegelijk met de betaling door Z de voorbehouden eigendom aan Z overdraagt. Deze weg is, gezien de hier besproken uitspraak van de Hoge Raad, niet zonder risico's. X draagt in deze variant de voorbehouden eigendom over aan Z. Tot aan het

moment van betaling door Z is X inderdaad beschikkingsbevoegd. De vraag is echter, of niet moet worden aangenomen dat ook na de overdracht van de voorbehouden eigendom door de betaling van Z de opschortende voorwaarde wordt vervuld. In het onderhavige arrest oordeelde de Hoge Raad dat de betaling door de hoofdelijke medeschuldenaar, ondanks subrogatie, de voorwaarde vervulde. Het valt niet goed in te zien waarom dit anders zou zijn als de zekerheidseigendom vóór de betaling aan de derde is overgedragen.

Terecht acht Hartkamp de uitkomst dat de zekerheid in variant c) na betaling door Z niet aan Z zou toekomen, maar zou terugvallen aan schuldenaar Y, erg onaantrekkelijk. Op grond van het zekerheidskarakter van de voorwaardelijke overdracht bepleit hij dat de voorwaarde aldus moet worden uitgelegd, dat zij niet in vervulling gaat, indien een tot subrogatie leidende betaling van de schuld gepaard gaat met overdracht van de zaak aan de betalende derde (zie het hiervoor opgenomen citaat). Met Hartkamp meen ik dat het zekerheidskarakter een dergelijke uitleg van de voorwaarde rechtvaardigt. Het zekerheidskarakter van de overdracht tot zekerheid of het eigendomsvoorbehoud rechtvaardigt echter evenzeer dat de voorwaarde niet in vervulling gaat, indien de borg betaalt vóórdat de zekerheidseigendom wordt overgedragen. Op grond van het zekerheidskarakter dient de voorwaarde waaronder deze overdrachten geschieden, aldus te worden verstaan, dat de verschuldigde prestatie wordt voldaan *en* diensgevolge de vordering tenietgaat. Ondanks de onderhavige uitspraak behoudt de rechter de mogelijkheid in de toekomst de voorwaarde aldus uit te leggen, aangezien uitlegging door de rechter een in hoofdzaak feitelijke werkzaamheid is, die is voorbehouden aan de rechter die over de feiten oordeelt (vgl. Asser-Hartkamp II (1993), nr. 284).

7 Aandacht verdient nog artikel 3:92 lid 3 BW. Dit derde lid geeft een regeling voor het geval het recht op de tegenprestatie op andere wijze dan door voldoening tenietgaat. In de parlementaire geschiedenis (*Pari. Gesch. Boek 3*, p. 389) wordt erop gewezen dat niet alle wijzen van tenietgaan als rechtsgevolg behoren te hebben dat de voorbehouden eigendom overgaat op de schuldenaar. Men denke bijvoorbeeld aan tenietgaan door ontbinding of vernietiging van de overeenkomst. Het rechtsgevolg treedt slechts in, indien de vordering tenietgaat terwijl de vervreemder wordt bevredigd of indien de vervreemder zijn recht op voldoening van de vordering wegens een hem toe te rekenen gedraging verliest. Bij het laatste kan men denken aan de drie gevallen die het derde lid van artikel 3:92 BW gelijkstelt met vervulling van de voorwaarde: bevrijding van de verkrijger wegens crediteursverzuim van de vervreemder (art. 6:60 BW), verjaring van de rechtsvordering van de vervreemder ter zake van de tegenprestatie en — behoudens afwijkend beding — afstand van het recht op de tegenprestatie.

Andere commentaren

8 De uitspraak van de Hoge Raad is onder meer becommentarieerd door Kleijn in zijn 7V/-noot, Vriesendorp in *WPNR* 6133 (1994), alsmede door Faber en Van Hees in *NTBR* (1994), nr. 8. Kleijn gaat vooral in op de vraag hoe partijen in de praktijk, zowel bij het aangaan van de eigendomsvoorbehoudconstructie als ter zake van de subrogatie, de eigendomspositie goed kunnen regelen. In feite illustreert hij hiermee tot wat voor complicaties de weinig gelukkige uitspraak van de Hoge Raad leidt.

Vriesendorp leidt in een korte beschouwing in het *WPNR* naar mijn oordeel te vergaande consequenties uit het arrest af.

De bespreking van Faber en Van Hees is grondig en uitvoerig gedocumenteerd. Hun kritische kanttekeningen sporen in belangrijke mate met die van mij.